

**ALCANCE DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
COMO CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL EN
COLOMBIA A PARTIR DEL 2006**

**JOSE RUBIEL HENAO CARDONA
MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA
PEREIRA
2015**

**ALCANCE DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
COMO CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL EN
COLOMBIA A PARTIR DEL 2006**

JOSE RUBIEL HENAO CARDONA

MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA

Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

Director de Posgrados

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

PEREIRA

2015

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	4
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	8
3. HIPOTESIS	9
4. JUSTIFICACION	10
5. OBJETIVOS.....	12
5.1. OBJETIVOS GENERALES	12
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	12
6. MARCO REFERENCIAL	13
6.1 ESTADO DE ARTE	13
6.2 MARCO TEORICO	16
6.3 MARCO JURIDICO	35
7.METODOLOGIA DE INVESTIGACION	38
8. DESARROLLO TEMATICO	41
CAPITULO I: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DISPOSICIONES PENALES UNA TEORIZACION ACERCA DE LOS DERECHOS	41
CAPITULO II: LA PROPORCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA EL RESPECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, UN ACERCAMIENTO PRACTICO	59
9.CONCLUSIONES	69
10. BIBLIOGRAFIA.....	73

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código de Procedimiento Penal ha establecido como uno de los principios rectores de la actividad procesal al principio de proporcionalidad —o ponderación—, así lo establece en el artículo 27.

En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Así pues, el anterior artículo implica que el principio de proporcionalidad debe ser tenido en cuenta por parte de los servidores públicos en las actuaciones que afecten los derechos fundamentales de los ciudadanos, así estos estén acusados de cometer algún tipo de delito, ya que al ser un principio rector permea la interpretación de todo el orden procesal penal.

Por su parte, la Corte Constitución a través de la jurisprudencia ha prohibido todas las afectaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales, no obstante, el Código de Procedimiento Penal señala las afectaciones que pueden efectuarse después de una adecuada ponderación de los beneficios que se obtendrán con su realización. En efecto, todo servidor público debe seguir la presente regla en su accionar: “la intensidad de afectación en el derecho debe ser proporcionada a la gravedad del delito y a los beneficios que con ella se obtendrán en el proceso penal”.

Así las cosas, estas consideraciones exponen el alcance del principio de proporcionalidad al interior del proceso penal, siendo una parte fundamental de la *ratio decidendi* en cualquier sentencia, cuando se trate de restricciones a los derechos fundamentales. Por tanto, la expresión ‘proporcional’ hace que sean explícitas las reglas de la ponderación al momento de impartir justicia, en este sentido es necesario establecer la forma en cómo se aplica el principio de proporcionalidad como control constitucional en el proceso penal en Colombia a partir de 2006.

Con base en lo anterior, es necesario trazar la siguiente ruta de objetivos: (i) describir el principio de proporcionalidad, sus principales teorizaciones y dificultades; (ii) identificar el principio de proporcionalidad, las disposiciones constitucionales y penales, así como sus teorizaciones acerca de los derechos; (iii) analizar la proporcionalidad como herramienta para garantizar los derechos fundamentales; y (iv) describir la aplicación del principio de proporcionalidad constitucional.

Por último, para alcanzar los objetivos propuestos la investigación del presente proyecto es correlacional, la cual analiza la covariación de dos o más variables. Por ejemplo, en nuestro caso se examinará del principio de proporcionalidad como herramienta al interior del proceso penal, para la garantía de los derechos fundamentales. Así pues, la investigación correlacional se puede lograr mediante una variedad de técnicas que incluyen la recolección de datos empíricos. Muchas veces, la investigación correlacional se considera como aquella donde el observador no manipula los datos.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La principal herramienta para determinar la constitucionalidad y el grado de afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y sus implicaciones al interior del proceso penal es el principio de proporcionalidad. Dicho principio constitucional es un constructo jurídico que a pesar de haberse originado en el derecho público y desarrollado a plenitud en el derecho administrativo, con el pasar de los años, se ha convertido en una ‘máxima jurídica’ no escrita que permea toda interpretación constitucional moderna.

Así pues, el principio de proporcionalidad, identificado también por la doctrina como método de la ponderación, debido a su categoría constitucional, ha sido implementado a través de un marco especial en el proceso penal, ya que para efectivizar y garantizar los derechos fundamentales es necesario que estos sean respetados al máximo, limitando el poder coercitivo del Estado. Por tanto, la aplicación de este principio en el proceso penal ha generado una serie de peculiaridades, ya que la proporcionalidad trasciende los tecnicismos de la administración de justicia.

En este sentido, y con el fin de respetar las normas constitucionales que protegen los derechos fundamentales, en el nuevo proceso penal, las áreas de actuación para la persecución del delito que anteriormente eran interpretadas como el desarrollo del principio de legalidad han pasado a manos del principio de proporcionalidad. Así las cosas, en el nuevo proceso, mientras el principio de legalidad se refiere a la competencia de

determinada autoridad para llevar a cabo cierta actuación, el principio de proporcionalidad tiene que ver con el por qué debe realizarse razonablemente dicha actuación.

Por tanto, como podemos observar el principio de proporcionalidad permea todo el proceso penal, ya que no hay otra cara del ordenamiento jurídico que afecte con mayor rigurosidad los derechos fundamentales que el procedimiento de investigación criminal. En efecto, la doctrina ha establecido la tensión permanente entre el ejercicio efectivo de persecución por parte del Estado y la protección y garantía de los derechos fundamentales, no obstante, ambos son principios constitucionales, por lo que el principio de proporcionalidad ejerce como una especie de moderador en esta constante tensión.

Al decir de la Corte Constitucional,

A la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, mediante la aplicación de juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, es particularmente pertinente [...].

[...] Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales. (Sentencia C-822 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda)

En este sentido la idea de que las sanciones penales deben imponerse solo en proporción a los delitos a los que tratan de responder, es bien reconocida en la mayoría de

los sistemas jurídicos modernos. Sin embargo, al examinar el papel de la proporcionalidad de las penas, es evidente que su aplicación es muy problemática. De hecho, la proporcionalidad se basa en las teorías de castigo penal que forman parte del complejo debate entre la persecución penal y la defensa de los derechos fundamentales.

Además, es relevante señalar que tanto el crimen como el castigo son por naturaleza dispares y, por sí mismos, no poseen ningún punto de referencia común para la comparación proporcional vis-à-vis entre sí. En última instancia, la única ‘proporcionalidad’ significativa y práctica que puede existir en el castigo penal tan solo puede ser la manifestación de las opiniones de la sociedad, así como los supuestos morales para la defensa de los derechos fundamentales.

2.1 Formulación del problema

Por tanto, el problema jurídico en torno al cual girará el presente proyecto de investigación es el siguiente: *¿cómo se aplica el principio de proporcionalidad como control constitucional en el proceso penal en Colombia a partir del 2006?*

3. HIPOTESIS

El presente proyecto se basó en el constructo hipotético del proceso penal, el cual presento como variables independientes: derechos fundamentales y la pena, así como variable dependiente: principio de proporcionalidad constitucional. Por tal motivo, al ser un problema de investigación y con base en la pregunta planteada, se presentan tanto la hipótesis positiva como negativa que tuvieron como propósito dar una respuesta correcta a la pregunta problema.

H1: la aplicación del principio de proporcionalidad como control constitucional garantiza los derechos fundamentales en el proceso penal colombiano a partir del 2006.

H0: la aplicación del principio de proporcionalidad como control constitucional no garantiza los derechos fundamentales en el proceso penal colombiano a partir del 2006.

Con base en lo anterior, estas hipótesis tratarán de dar respuesta a la pregunta problema, por lo que fueron sometidas a prueba con los datos recolectados a través de las diversas fuentes del derecho.

4. JUSTIFICACIÓN

Con el fin de optimizar los derechos fundamentales en el proceso penal, el CPP establece el componente de la proporcionalidad. En sentido estricto, la proporcionalidad es definida como el examen que se realiza en cada caso concreto a los principios que entran en juego. Esto es el puente que se traza para unir las exigencias constitucionales derivadas de la persecución del delito y las exigencias de protección de los derechos fundamentales. Por tanto, el interés de este proyecto radica en el impacto que puede tener el principio de proporcionalidad en la garantía de derechos de los acusados al interior del proceso penal.

Además, el desarrollo de la normativa internacional y la jurisprudencia nacional se hace cada vez más importante debido al gran impacto que puede causar el uso de la ponderación en el nuevo sistema penal oral acusatorio.

La novedad que presenta este proyecto reside en que hoy en día tanto la Constitución como el ordenamiento jurídico establecen una serie de límites a los poderes públicos, en aras de la protección de los derechos fundamentales cuya protección justifica en última instancia toda acción estatal, así pues, el principio de proporcionalidad se ha establecido como la principal herramienta constitucional al interior del proceso penal para cumplir las funciones de protección y garantía de los mencionados derechos, reflejando el alma del derecho penal, a saber, la protección de los bienes jurídicos mediante la lesión de otros bienes jurídicos, así las cosas, el empleo de la proporcionalidad en el proceso penal permite

la justificación de la afectación de determinados derechos fundamentales de una manera acorde y razonada.

Este proyecto es importante para la comunidad académica de la Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre porque se enfoca en la realización de un estudio que permitirá describir y analizar los posibles efectos y tendencias normativas y jurisprudenciales de la incidencia del principio de proporcionalidad para la garantía de los derechos fundamentales al interior del proceso penal. Por tanto, este proyecto le aporta a la comunidad académica al ser construido de manera teórico-práctica, por tal motivo, servirá de base para futuros estudiantes o personas interesadas en el tema permitiéndoles, a su vez, tener claro cómo el principio de proporcionalidad afecta los derechos fundamentales.

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General

- Analizar la aplicación del principio de proporcionalidad como control constitucional en el proceso penal en Colombia a partir del 2006.

5.2 Objetivos específicos

- Describir el principio de proporcionalidad, sus principales teorizaciones y dificultades.
- Identificar el principio de proporcionalidad, las disposiciones constitucionales y penales, así como sus teorizaciones acerca de los derechos.
- Analizar la proporcionalidad como herramienta para garantizar los derechos fundamentales.
- Describir la aplicación del principio de proporcionalidad constitucional.

6. MARCO REFERENCIAL

6.1 Estado del Arte

Como se mencionó en la introducción del presente trabajo de investigación, el principio de proporcionalidad al interior del proceso penal es la herramienta por medio de la cual el juez establece si una medida restrictiva de los derechos fundamentales practicada por la fiscalía es razonable y adecuada constitucionalmente. Asimismo, por medio de la proporcionalidad se puede establecer si una afectación es la menos invasiva respecto de los derechos fundamentales entre todas las opciones posibles y, por último, si el fin perseguido por el Estado compensa el sacrificio de los derechos fundamentales de su titular.

A nivel nacional y con base en el tema objeto de estudio, encontramos los siguientes trabajos: *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena* (2010) de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; en este libro se describe como el derecho penal utiliza la pena para cumplir sus funciones, por lo que los derechos fundamentales se ven afectados con su imposición e intensidad, de ahí que aquellos que intervienen en el proceso penal para la imposición de la pena deben recurrir a herramientas teóricas y argumentativas que le permitan satisfacer la garantía de los derechos fundamentales, entre ellas la más importante: el principio de proporcionalidad.

Otro de los trabajos en esta materia es la investigación editada por Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (2007). El principio de

proporcionalidad constituye hoy en día, quizás, el más conocido y el más recurrente ‘límite de los límites’ a los derechos fundamentales y, en esa medida, supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. La idea de este libro es la de difundir entre los interesados una serie de herramientas hermenéuticas que son necesarias para lograr la adecuada protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, la investigación de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (2014), plantea como el principio de proporcionalidad se ha extendido por América Latina en las últimas décadas. Además, la utilización de este principio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha influido para que casi todas las cortes constitucionales y supremas de la región lo hayan adoptado para garantizar los derechos fundamentales. Con base en ello, la Corte Constitucional colombiana estableció que las limitaciones a estos derechos deben ser proporcionadas.

El artículo de investigación realizado por Hernán Fuentes Cubillos, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena” (2008), plantea la constante tensión entre arbitrio judicial y tasación legal en el proceso de individualización de la pena, por lo que nace la necesidad de depurar los criterios que sean idóneos para recoger aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, desde un enfoque eminentemente retrospectivo. Aquí, el principio de proporcionalidad tiene un fértil terreno para desplegarse y su incipiente autonomía le otorga la virtualidad de dar concreción a las

finalidades retributivas de la norma penal y, de esa forma, constituirse en unas de las más relevantes directrices de racionalización en el ejercicio del *ius puniendi*.

Finalmente, en materia de ponderación es necesario recurrir a la obra de Robert Alexy: *Teoría del discurso y derechos humanos* (1995), donde el autor expone la estructura de la ponderación para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para lo cual es necesario tener en cuenta tres elementos clave de dicha estructura: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

En este sentido y con base en el problema a tratar, se tomará como referencia principal a los siguientes autores y sus obras: Enrique Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*; Óscar Julián Guerrero, *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*; Nicolás González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*; Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos su desarrollo progresivo*; Edgar Carpio, *La interpretación de los derechos fundamentales*; Ernesto Pedraz, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”; Enrique Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*; Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*; Jeremy Bentham, *Teoría de las penas y las recompensas*; Corey Brettschneider, *Rights within the Social Contract: Rousseau on Punishment*; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*; Herbert Hart, *Punishment and Responsibility*; Peter Hulsroj, *The Principle of Proportionality*; Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*; John Kleinig, *Handled with Discretion: Ethical Issues in Police Decision Making*; Andrés

Morales, *Nuevo código de procedimiento penal. Sistema acusatorio*; Norval Morris, *The Brothel Boy and Other Parables of the Law*; John Rawls, *Liberalismo político*; entre otros.

6.2 Marco Teorico

Principio De Proporcionalidad, Principales Teorizaciones Y Dificultades

Dentro de la concepción de justicia encontramos de manera intrínseca la idea de que el sistema de justicia penal impone una pena o castigo, sin embargo, también debe hacerlo solo en proporción a los delitos a los que intenta responder. Con base en ello, el principio de proporcionalidad en el castigo penal es un aspecto fundamental para la mayoría de los sistemas jurídicos modernos.

No obstante, en última instancia, para muchos teóricos, es un ideal inalcanzable y es, a lo sumo, un objetivo que no debe dejar de buscarse. Así las cosas, en este primer capítulo explicaremos el papel de la proporcionalidad dentro de los sistemas jurídicos occidentales modernos —a los cuales pertenece el colombiano— ahondando en los problemas y las dificultades que plantea el principio de proporcionalidad al interior del proceso penal.

La teoría tradicional de la sanción penal dispone que el Estado tiene la facultad de imponer una serie de penas o sanciones en respuesta a quien trasgrede la ley. Esta teoría encuentra su fundamento en las ideas del contrato social a través del cual las personas libres y racionales han dado su consentimiento a renunciar colectivamente a ciertos derechos para

poder subsistir pacíficamente en sociedad (Rousseau, 2008). Por tanto, el Estado solamente, como la encarnación del cuerpo político, tiene el derecho de infligir castigos a sus miembros, así como de determinar el tipo de sanción que puede imponerse por los diferentes delitos cometidos. Sin embargo, se ha argumentado que incluso Rousseau, uno de los escritores más influyentes de la teoría del contrato social, fue ambiguo con respecto a la cuestión de cómo el castigo penal debe ser determinado. Por tal motivo, pensadores posteriores para responder a esta pregunta han recurrido a los fines de la justicia penal, entre ellos: la disuasión, la incapacitación y la rehabilitación.

Si bien se reconoce generalmente que la justicia penal se ocupa de los objetivos del castigo, la cuestión subyacente de cómo deben lograrse estos objetivos, su forma y contenido se dan a través del concepto de proporcionalidad. Como tal, la proporcionalidad es un principio fundamental en la sentencia penal, siendo un tema de debate académico su papel en el concepto de justicia.

Definiendo el principio de proporcionalidad

Mucho se ha escrito sobre el concepto de proporcionalidad, el cual también se ha llegado a conocer como el “principio determinante de la determinación de las penas” (von Hirsch, 1992, p. 55). La proporcionalidad se considera tan importante en la condena penal, ya que:

preserva el acuerdo entre los principios fundamentales de justicia y el propósito de la pena, con el fin de mantener una sociedad segura por medio del respeto a la ley solo mediante la imposición de sanciones. (Brettschneider, 2011, p. 67)

En esencia encarna o, al menos parece encarnar, una noción de justicia. Debido a que las personas tienen la sensación de que los castigos dados en base a la gravedad de los delitos son más justos que los castigos que no lo son. Por ello, al tratar de imponer un castigo justo y equitativo para los delitos penales, el mantra ‘el castigo debe ser proporcional al delito’ ha sido el predominante, al igual que la afirmación: la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido.

En este sentido el principio de proporcionalidad ha sido durante mucho tiempo un aspecto intrínseco de la justicia penal. Asimismo, en Colombia, también ha sido considerado por la Corte Constitucional en diversas sentencias como base de la justicia en general. Por ejemplo, en la sentencia C-916 de 2002 promulgó:

la proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal [...] En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio

de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho, fuerza normativa de la Constitución y carácter inalienable de los derechos de la persona humana. (Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda)

Sin embargo, a pesar de este fuerte reconocimiento a la importancia de la proporcionalidad no solo para la justicia penal, sino para la justicia en general, autores como von Hirsch afirman: “la ley con respecto a la proporcionalidad de las penas se confunde, y de lo que la ley se puede discernir descansa sobre cimientos débiles” (1992, p. 57). Como resultado, la aplicación del principio de proporcionalidad para ciertos casos judiciales ha sido duramente criticada.

Por ejemplo, debido a la falta de una norma constitucional consistente con las justificaciones filosóficas aceptadas del castigo, al igual que con los principios que encarna. De hecho, hay muchos problemas de fondo inherentes al intento de aplicar el principio de proporcionalidad de la sentencia, lo que plantea una serie de dificultades en el sistema de justicia penal.

Las dificultades que plantea el principio de proporcionalidad

Hay varios problemas que surgen a partir del concepto de proporcionalidad, por lo que es necesario tener en cuenta cuatro consideraciones particulares a la hora de dar una respuesta a la pregunta problema de esta investigación: (i-ii) las definiciones vagas y

teóricas de la proporcionalidad en la ley; (iii) el carácter irreconciliable de otros objetivos de la pena con el principio de proporcionalidad; (iv) la inherentemente diferente naturaleza del crimen y el castigo.

Definiciones teóricas de la proporcionalidad

A pesar de la evidente importancia del principio de proporcionalidad en las condenas penales, las teorías relativas al concepto de proporcionalidad han sido objeto de un debate no resuelto. Del mismo modo, aunque se profesa claramente la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en las penas criminales, se ha observado que a través de las decisiones judiciales, no ha quedado lo suficientemente claro con lo que se quiere decir al hablar de proporcionalidad en el contexto de las penas de prisión (Hulsroj, 2012).

Es posible que la proporcionalidad sea un principio tan evidente, como lo plantea, por ejemplo, la Corte Constitucional, que no requiere exposiciones elaboradas y definiciones de su significado, así como un funcionamiento preciso. Sin embargo, sostener este punto de vista sería pasar por alto el debate en curso sobre las diferentes teorías de la proporcionalidad. Es más probable, entonces, que la razón de esta falta de claridad sobre el concepto de proporcionalidad sea la falta de consenso sobre cuál es su forma ideal para los fines de la pena. En consecuencia, la forma ideal de la proporcionalidad y su papel dentro de la pena —o castigo— ha sido analizado por diversas teorías, incluyendo a: la proporcionalidad retributiva, utilitaria, además de las preocupaciones por la proporcionalidad ordinal y cardinal.

En este sentido, la posición retributiva se refiere a la historia del delincuente y considera a la proporcionalidad como un medio para el castigo objetivo de retribución mediante la medición de una sentencia de acuerdo con la culpabilidad del delincuente. Según lo expresado por Kant, uno de sus partidarios,

el castigo jurídico nunca puede ser administrado sólo como un medio para promover otro bueno ya sea en relación con el mismo o con la sociedad civil, penal, pero en todos los casos debe ser impuesto sólo al individuo a quien se le infligió por haber cometido un delito. Un hombre nunca debería ser tratado simplemente como un medio subordinado a los fines de otro [...] Contra dicho tratamiento su personalidad innata tiene un derecho para protegerlo, a pesar de que puede ser condenado a perder su personalidad civil. El derecho penal es un imperativo categórico; y ay del que se arrastra a través del utilitarismo para descubrir alguna ventaja que le puede descargarse de la justicia del castigo, o incluso de la justa medida de la misma, de acuerdo con la máxima de los fariseos: Es mejor que un hombre muera a que todo el pueblo perezca. Porque si la justicia y la rectitud perecen, la vida humana ya no tendría ningún valor en el mundo. (2005, p. 167-168)

Con base en ello, la proporcionalidad retributiva se manifiesta en dos formas. En primer lugar, su propia definición determina el castigo con la mayor precisión posible a la gravedad de la falta, dejando poco espacio para otros fines de la sanción. El propósito de la retribución de este modo informa al juez que puede infligir un castigo que es proporcional a este resultado final previsto. En segundo lugar, la limitación del retributivismo permite otros objetivos de la pena que se deben considerar, simplemente

colocando límites exteriores retributivos al rango de posibles sentencias. De esta manera, el juez formula un castigo con el fin de satisfacer las diversas metas de este, como por ejemplo: la disuasión social, la cual se ajusta al principio de proporcionalidad (Hulsroj, 2012).

En contraste, la posición utilitaria es prospectiva y no retrospectiva, donde la proporcionalidad es medida contra los objetivos de la pena que se refieren al futuro en vez del pasado, como la rehabilitación y el costo para la sociedad. Hay dos aspectos de proporcionalidad utilitaria. El primero es en términos de fines, el cual se refiere a si los costos de la consecución de los objetivos de la sentencia penal son mayores que los beneficios que se derivan de ella —tanto para la sociedad como para el delincuente—. El otro aspecto, evalúa si las sanciones alternativas menos costosas están disponibles para lograr el mismo beneficio previsto.

Como el tratadista Cesare Beccaria (2000) argumentó, las sanciones deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos, según lo medido por el daño causado a la sociedad. Del mismo modo, Jeremy Bentham afirmó que las penas deben tener una función utilitaria y así debe ser proporcional a la gravedad del delito, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de los recursos públicos porque “a mayor delito, mayor razón hay que aventurar una pena grave por la oportunidad de prevenirlo” (1998, p. 256). Explicó, además, que “el castigo en sí es un mal y se debe utilizar con la mayor moderación posible” (1998, p. 256) y que una forma de castigo no debe utilizarse si el mismo fin se puede obtener por medios más ‘suaves’. A su vez, el castigo perjudica y no satisface

aquellos sobre los que se inflige, solo puede justificarse en la medida en que produce una cantidad neta de otros beneficios o satisfacciones que superan el daño. En efecto, el concepto de utilidad es totalmente consecuencialista, por lo que el concepto moral de ‘justo merecido’ no puede ser la razón para infligir un castigo, como si sucede en la teoría de la retribución. En cambio, el castigo solo se justifica solamente si sus efectos beneficiosos, por ejemplo, la rehabilitación, superan el daño que produce.

Por su parte, Hart intentó reconciliar las dos ideas en competencia de proporcionalidad, a saber, la retributiva y la utilitaria, argumentando que si bien estamos de acuerdo en que la razón principal de tener un sistema penal es el mejoramiento general de la sociedad, podemos, al mismo tiempo, mantener la coherencia en que el castigo solo debe ser dado a aquellos que lo merecen y solo en la medida de su culpabilidad. Esta síntesis del utilitarismo y el retributivismo ha tenido una influencia significativa sobre muchos sistemas de justicia penal. Empero, estos debates son útiles para responder a las preguntas de cómo debe aplicarse la proporcionalidad a la sanción penal y por qué debe ser aplicada de una manera particular, a saber: el cumplimiento de los fines de la pena.

Sin embargo, no hay una solución fácil a estos debates y en gran parte las diferencias entre las teorías que compiten se derivan de una divergencia más profunda en las opiniones relativas al sistema de justicia penal. Difieren entre sí, en gran medida, en el énfasis que dan al principio de proporcionalidad, es decir, el requisito de que las sanciones sean proporcionales a la gravedad de los delitos. Más importante aún, estos debates se centran en su aplicación y no responden a las preguntas más fundamentales sobre la base del

concepto de proporcionalidad y lo que realmente significa, a saber: proporcional en cuanto a qué. Parece como si la proporcionalidad fuese supuesta como un bien intrínseco en sí mismo, sin necesidad de un análisis más profundo de temas, entre ellos: qué realmente es; la forma en cómo se deriva; y su idoneidad como principio para la sentencia. En consecuencia, estas cuestiones relativas a la esencia de lo que la proporcionalidad es, en su raíz, son ambiguas y permanecen sin respuesta, siendo una seria dificultad al interior de todo proceso penal (Bernal y Montealegre, 2013).

Incoherencias entre proporcionalidad y los objetivos de la pena

En segundo lugar, hay serias dificultades para conciliar los distintos objetivos de la pena con el principio de proporcionalidad. Lógicamente, cuando dos fuerzas diferentes dirigen una sanción penal, un juez para fallar tendrá que elegir entre una y otra para determinar la sentencia apropiada. Incluso, si aceptamos la premisa de que la proporcionalidad es un bien inherente en el proceso penal, los objetivos dispares del castigo conducen necesariamente a diferentes penas, las cuales se producen a través de la aplicación del principio de proporcionalidad (Webber, 2014).

En este sentido, diversos objetivos de la política de castigo penal parecen exigir penas decididamente desproporcionadas a simplemente que la gravedad del delito sea proporcional a la culpabilidad del delincuente. Tal afirmación se hace con la aceptación de la premisa de que una sentencia ‘proporcional’ puede determinar objetivamente la gravedad de un delito y la culpabilidad de un delincuente. Como se explicará más adelante

en esta investigación, dicha premisa en la *praxis* es errónea y vulnera los derechos fundamentales, no obstante, es lo que impulsa a los regímenes de sentencia al interior de la mayoría de los sistemas de justicia penal en la actualidad, incluido el colombiano.

Por ejemplo, un delincuente puede tener el objetivo de ser encarcelado por un período probablemente menor de lo que es meramente proporcional a su delito. Un juez, a continuación, teniendo en cuenta el conjunto completo de objetivos de la pena, se enfrenta a la cuestión de cómo conciliar las diferentes sanciones necesarias para satisfacer cada uno de estos objetivos. Es casi seguro de que, al menos, en algunos casos, el castigo prescrito por un objetivo en una sentencia entrará en conflicto con otro, lo que obliga al juez a elegir uno a expensas del otro. Incluso, suponiendo de que los jueces pudiesen ejercer la discreción y tener en cuenta los demás objetivos de la pena —es decir, a través de limitar el retributivismo— sería inevitable que hubiera casos en los que la proporcionalidad y la política de objetivos de la sanción penal se contradijeran en la escala de la pena en la que ha de determinarse, por lo cual se verían afectados los derechos de alguna de las partes interesadas. Aunque hay ciertamente solapamiento entre lo que es una pena ‘proporcional’ y lo que es una disuasión u otras clases de sanción, también habrá casos en los que difieren, ya que la proporcionalidad prescribe una forma de castigo, mientras que otros objetivos de la política penal requieren una diferente e irreconciliable, así pues, el juez tendrá que elegir una u otra, sin poder cumplir con ambas (Webber, 2014).

Para agravar este problema, sigue existiendo un considerable desacuerdo sobre las diferentes justificaciones para el castigo y, por extensión, entre los diversos objetivos de

sentencia. Por ejemplo, Kleinig describe el argumento acerca de si la sanción penal debe ser utilitaria o moralmente informada, una manifestación de un debate más amplio que subyace al de la proporcionalidad utilitaria y retributiva. El castigo es sin lugar a dudas para el bien público, pero lo que se discute es si este bien público consiste en castigar a ciertas metas utilitarias o determinadas preocupaciones morales con lo que es ‘correcto’, cualquiera de las cuales conduce a una consideración de proporcionalidad que difiere una de la otra. Del mismo modo, las ideas que compiten de rehabilitación y castigo retributivo entran en desacuerdo con respecto a cómo el castigo debe considerar al delincuente, a saber: la apreciación de culpabilidad es un ejercicio inútil y tan solo el castigo debe ser infligido a los efectos de la rehabilitación de la persona, así como el castigo debe tratar de imponer al infractor una pena que refleje claramente la gravedad de su culpabilidad personal.

Si la evaluación de la culpabilidad es reconocida como un medio de castigo retributivo, a continuación, la proporcionalidad con justa razón va a encontrar su lugar en la evaluación de la ilicitud del comportamiento. Se ha argumentado que el concepto de proporcionalidad solo tiene sentido en relación con los objetivos de la pena de carácter retributivo. Sin embargo, como sostiene Bentham, esta evaluación de culpabilidad es inútil, ya que el castigo debería, en cambio, tratar de rehabilitar al delincuente y mejorar sus maneras, disuadiendo a su vez a los posibles infractores en la sociedad, entonces el principio de proporcionalidad adquiere un papel fundamentalmente diferente, es decir, evaluar la utilidad de la pena. Son estas disputas no resueltas sobre la dinámica subyacente de la sentencia penal que conducen a la incertidumbre fundamental sobre cómo fallar

proporcionalmente. Una vez más, cualquier argumento dará lugar a una concepción desigual de la ‘proporcionalidad’ y su aplicación en la formulación de la sanción penal (Webber, 2014).

Por tanto, el principio de proporcionalidad se basa en las definiciones vagas y sin resolver de los fines de la pena que determinan la relevancia del principio en primer lugar. En consecuencia, si hasta la base misma de la condena penal está en el centro de un debate tan actual y abierto, es difícil pedirles a los jueces que concilien todas estas teorías con el fin de satisfacer a cada una de ellas, además esta no es su labor. De hecho, la práctica penal se apoya en una pluralidad de valores, no en un determinado valor que excluye a todos los demás. Como tal, un juez con base en el proceso penal estipulado por un sistema legal que pretende que toda pena sea conforme a una gama de objetivos de la pena, en determinado momento, tendrá que decidir ya sea impartir una sentencia basada en la proporcionalidad o a *contrario sensu* elegir otros objetivos como, por ejemplo, los políticos.

Además, la participación legislativa en la sentencia tal como la prescripción de penas mínimas obligatorias, eleva estos problemas en la aplicación del principio de proporcionalidad en las condenas penales. Por tanto, está claro que la proporcionalidad es, en ciertos casos, necesariamente un principio que define el proceso de sentencia judicial y, por ende, puede ser incompatible con otros objetivos de la pena. Como tal, su aplicación en la sanción penal en conflicto con el requisito de que los jueces tomen en cuenta otros objetivos y prescripciones legislativas sobre la sentencia judicial.

Crimen y castigo, una comparación de asuntos diferentes

Ahora bien, el crimen y el castigo son conceptos inherentemente separados y de naturaleza completamente diferente, por lo que es simplemente imposible compararlos a los dos, uno contra el otro, y por su cuenta en una escala de ‘proporcionalidad’.

La definición de delito ha sido objeto de una discusión intensa, y no es un objetivo de este trabajo producir una solución definitiva a la misma. Lo que pretendemos dar a conocer, sin embargo, es el hecho de que la naturaleza del delito es fundamentalmente diferente a la naturaleza de la pena. Descriptivamente, el delito es “un punto de conflicto entre el individuo y la sociedad” (Rico, 1981, p. 38), ya que es fundamentalmente una violación de las normas de conducta que contienen una serie de sanciones, no importa si estas están inmersas en la legislación penal.

Sin embargo, definir la naturaleza de la delincuencia es inmensamente complicado, e implica varios enfoques en la comprensión de esta. Uno de ellos es el enfoque económico que considera que la mayoría de los delitos en general ocasiona pérdidas que casi nunca son reembolsadas a la perfección. Aunque es un retrato un poco simplista de la delincuencia que puede no abarcar a todos los casos, el enfoque económico puede ser tenido en cuenta de forma general, siendo uno de los enfoques más utilizados para la comprensión de la naturaleza de la delincuencia. Por ejemplo, el robo es la generación de una pérdida de bienes muebles; la difamación es la pérdida de buena reputación; la violación es la pérdida de la dignidad (entre otras cosas); y el homicidio es la generación de pérdida de la vida.

Incluso dentro de esta representación simplista de la delincuencia como generación de pérdidas, sería imposible pagar la pérdida generada por la mayoría de los tipos de delitos, como por ejemplo: la pérdida de la dignidad; la pérdida de una función corporal; o incluso la muerte.

Por otra parte, inclusive para los delitos en los que puede ser posible que un delincuente pague la totalidad de la pérdida (por ejemplo, en los casos de robo o fraude) el castigo penal normalmente no busca la restitución de la víctima, lo que requiere un proceso civil por separado a tal efecto de buscar la compensación. Mientras que la justicia retributiva a veces puede ser considerada como una meta de la sentencia penal, los fines de la pena son diversos y generalmente incluyen otros objetivos como la disuasión, la retribución y la incapacitación, que pueden llegar a tener una mayor prioridad sobre la restitución. Además, incluso cuando se considera la restitución, a menudo, no es el único aspecto de la sentencia penal, sino simplemente una parte de ella, por lo general infligiendo un castigo suplementario como lo es una indemnización.

A su vez, como se señaló anteriormente, este enfoque económico es solo una representación de la delincuencia, no obstante, hay otros métodos para comprender la naturaleza compleja de la delincuencia que están más allá del alcance de este documento. Estos incluyen consideraciones de la ilicitud moral de la delincuencia; el estigma social de las infracciones penales; y la denominada filosofía de la maldad; todo lo cual contribuye a una mejor comprensión de la compleja naturaleza del crimen y del delito.

De la complejidad de la naturaleza del crimen, podemos extraer tres conclusiones. En primer lugar, es difícil de caracterizar los crímenes, reduciéndolos solo a algo medible. En segundo lugar, es aún más difícil encontrar un punto de referencia común (o de referencia) para medir crímenes de manera holística, uno contra otro, ya sea en cuanto a la gravedad de las pérdidas, el estigma social, la ilicitud moral o cualquier otro criterio. En tercer lugar, como consecuencia práctica es imposible considerar de manera significativa la proporcionalidad de un delito en términos de una determinada forma de castigo justo, considerando al crimen y al castigo sin el accesorio por separado de los valores sociales o supuestos morales (Hulsroj, 2012).

Es evidente que la naturaleza de la pena es fundamentalmente diferente a la del crimen. Sancionar, de acuerdo con el filósofo británico Richard Stanley, es “la imposición autoritaria de algo considerado como desagradable en alguien que ha cometido una violación a las reglas” (2003, p. 267), mientras que el castigo se imparte en muchas formas diferentes, la mayoría de las sanciones penales toman la forma de penas de prisión.

En efecto, diversos teóricos plantean que el castigo monetario por la generación de una pérdida es el único tipo de castigo potencialmente adecuado para el concepto de proporcionalidad en sí mismo, donde una pérdida financiera proporcionada se inflige de forma retributiva a un delincuente como un castigo por haber infligido una pérdida financiera. Debido a que es posible en estas circunstancias calcular matemáticamente la pérdida monetaria sufrida por la víctima, es posible formular e imponer una pérdida

monetaria equivalente al infractor, creando así una sanción significativa y lo más importante proporcionada.

Sin embargo, las multas monetarias son solo un pequeño segmento de la sanción penal en la mayoría de los sistemas jurídicos; la forma de castigo que constituye el objeto de la mayoría de los debates sobre el principio de proporcionalidad es el encarcelamiento. Los fines de la pena a través del encarcelamiento son múltiples e incluyen la incapacitación, la retribución, la disuasión, la rehabilitación y la denuncia. Entre ellos, hay controversia sobre qué objetivos deben ser considerados o ignorados y la cantidad de peso o prioridad que cada uno de ellos debe llevar. Por ejemplo, Morris Fish argumenta que la retribución debe tener “poco o ningún papel que jugar” (Webber, 2014, p. 69) en el castigo y que la finalidad de la pena debe ser en cambio otra meta utilitaria.

En cuanto al elemento del castigo de encarcelamiento, este es esencialmente la imposición de dolor en el delincuente, la imposición de ‘pérdida’ psicológica y emocional a través de la privación de: la libertad; la normalidad diaria; la privacidad; y, a menudo (ya sea intencional o no), a través de las condiciones pobres y peligrosas de las cárceles, la privación de la dignidad.

De hecho, es sabido que la cárcel es dolorosa y las personas encarceladas a menudo sufren consecuencias a largo plazo por haber sido sometidas a las privaciones, así como a las pautas y normas de la vida extremadamente atípicas para interactuar con los demás. Por otra parte, para algunos presos, la cárcel es tan cruda como psicológicamente dolorosa.

Además del dolor infligido sobre el ofensor al estar encarcelado, el encarcelamiento también perjudica a la familia del infractor sancionado, lo que resulta en un elemento de castigo que supera con creces *prima facie* la meta y rango de cada sentencia.

El encarcelamiento, como la imposición de un profundo dolor psicológico (y en muchos casos, físico) a través de privaciones graves de acción y asociación tiene un efecto destructivo sobre la vida privada y familiar de un delincuente. También los impactos futuros conllevan a otras consecuencias significativas post-encarcelamiento sobre las comunidades y la salud del delincuente (ya sea a través de encarcelamiento a largo plazo o a través de las enfermedades infecciosas).

La naturaleza de la delincuencia y la naturaleza de las penas —principalmente el encarcelamiento— son tan dispares que no hay manera lógica de compararlas a las dos en cualquier escala de proporcionalidad cada una por su cuenta. De igual forma, ambas son tan completamente diferentes que es imposible sopesarlas una contra otra sin una concepción previa de lo que es el ‘valor’ de las pérdidas en términos de dolor emocional y físico, una concepción que no puede basarse en las distintas naturalezas de crimen y castigo por su cuenta, pero que si debe encontrar su base sobre algún otro principio.

Incluso si hablamos de una proporcionalidad que se base en la ley del talión, en la que el principio de ‘ojo-por-ojo’ prescribe una pérdida idéntica que ha de imponerse como castigo por una pérdida infligida por el delincuente, también ha sido severamente criticada. Además, de ser una forma claramente primitiva y bárbara de la pena basada en la represalia,

la interpretación literal estricta de la ley del talión se ha descrito como la perseverancia de la justicia popular y la violencia vengativa.

No obstante, las sanciones penales modernas ya no requieren estrictos ‘castigo espejo’ tales como: la amputación de un brazo por causar la pérdida del brazo de otra persona; reconociendo implícitamente que la justicia penal de este tipo ya no tiene ningún lugar en la sociedad civil moderna. Además, como Hart observó, los castigo espejo son imposibles en muchos casos de todos modos, por ejemplo, el delito de robo no puede ser castigado con otro robo, ni la difamación puede castigarse con otra difamación.

Por ende, debido a que el crimen y el castigo son de naturalezas tan fundamentalmente diferentes, es imposible encontrar un castigo apropiado que encaje solamente gracias a la proporcionalidad, así como es imposible y sin sentido afirmar que un castigo es, por sí mismo, ‘proporcional’ a un crimen sin tener un punto de referencia adicional y externo para medirlo. Lo que se conserva de la ley del talión, sin embargo, es el concepto subyacente fundamental de proporcionalidad.

La pregunta que queda por hacerse es si la proporcionalidad tiene sentido si no es la de reflejar un crimen. Con base en lo anterior, es difícil ver cómo cualquier sanción puede ser diseñada de forma proporcional a un crimen si no se esfuerza por ser un espejo claro del delito que se pretende castigar. Aquí, las teorías de la proporcionalidad ordinal y cardinal nos ofrecen una idea. Primero, se refieren a cómo los delincuentes que comenten delitos graves deben ser castigados con penas de gravedad comparable, a saber: que delitos

similares deben atraer sanciones similares. Por su parte, la proporcionalidad ordinal, entonces, es una cuestión de cómo los diferentes crímenes pueden medirse uno a uno (Webber, 2014). La pregunta que queda abierta, sin embargo, es ¿cómo se determina que el enriquecimiento ilícito, por ejemplo, es ‘comparable’ con una violación o el delito de difamación con el delito de homicidio?

Fundamentalmente, el problema de cómo comparar diferentes crímenes sigue sin resolverse. Empero, la proporcionalidad cardinal ofrece una diferencia de matices a ser considerada. Esta tiene que ver con los niveles de gravedad global de anclaje del sistema de penalizaciones, por lo que la gravedad de las penas para toda la gama de delitos en el Código Penal debe ser determinada en proporción a la otra. Dentro de la teoría de la proporcionalidad cardinal, empero, también hay mucha discusión sobre cómo encontrar puntos de anclaje dentro del sistema penal a fin de determinar estas calibraciones. Como tal, aunque ambos tanto el punto ordinal como cardinal pueden ser útiles para ayudar a formular un concepto de ‘proporcionalidad’ que sea significativo en la sentencia penal, su utilidad solo surge después de que tenemos una comprensión de la naturaleza subyacente de la proporcionalidad como un reflejo de valores sociales. Tan solo, entonces, pueden estas comparaciones y calibraciones medirse y ser ancladas.

Sin embargo, debido a que la proporcionalidad no es una verdad objetiva para descubrir la naturaleza de los delitos y el castigo por su propia cuenta, sino que es la manifestación de los sentimientos humanos subjetivos hacia los males de la delincuencia y la utilidad de las sanciones punitivas, lo mejor que el sistema de justicia penal puede

hacer es solamente trabajar cada vez más con una proporcionalidad, que refleje las normas de la sociedad a la que pretende servir.

En este orden de ideas, después de analizar la naturaleza y diversos aspectos del principio de proporcionalidad en el siguiente capítulo realizaremos la distinción entre las disposiciones constitucionales y las disposiciones que forman parte del sistema de justicia penal; y vamos a examinar las implicaciones de esta distinción. Así pues, con base en dicho análisis, es posible concluir que las disposiciones constitucionales no garantizan que la proporcionalidad sea mantenida en una sentencia. Por esto, un sistema legal que busca mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la gravedad de la sentencia para la defensa de los derechos humanos debe establecer una serie de disposiciones adecuadas en su legislación penal. Por tanto, en última instancia, una verdadera protección de la proporcionalidad de las penas requiere una combinación de las disposiciones constitucionales y las disposiciones de la legislación penal.

6.1 Marco Jurídico

El ordenamiento constitucional, regula de manera clara y expresa en el título II, capítulo I, los derechos fundamentales, y a través de su artículo 29 contempla, que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, en concordancia con los artículos, 13, 23, 28, 31, 53, 58, 83, 85, 86, 87, 175, 209, 212, 213, 228, 244, 250.

Código Penal

Se relacionan las normas, legales y reglamentarias pertinentes, al tema del debido proceso, como es el caso del Código Penal Ley 599 del 2000, donde expone en el siguiente articulado: *Artículo 6o. Legalidad, Artículo 7o. Presunción de inocencia, Artículo 8o. Defensa, Artículo 9o. Actuación procesal. Artículo 10. Acceso a la administración de justicia. Artículo 13. Contradicción.*

Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Artículo 1º. Dignidad humana, Artículo 6º. Legalidad.

Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993.

Es uno de los pilares fundamentales del Derecho Penitenciario, expone una serie de garantías que deben observarse en todas las actuaciones de la administración penitenciaria, tales como:

- ✓ *Artículo 51. Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 2636 de 2004, Modificado por el art. 42, Ley 1709 de 2014.*
- ✓ *Artículo 79. Obligatoriedad Del Trabajo. Modificado por el art. 55, Ley 1709 de 2014.*
- ✓ *Artículo 80. Planeación y organización del trabajo.*
- ✓ *Artículo 58. Derecho de petición, información y queja.*
- ✓ *Artículo 116. Reglamento disciplinario para internos.*
- ✓ *Artículo 117. Legalidad de las sanciones.*
- ✓ *Artículo 134. Debido proceso.*

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos Parte III

Artículo. 10 Véase los puntos 1, 2 y 3.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Capítulo Primero

Artículo 25 - Derecho de protección contra la detención arbitraria.

Constitucional Nacional de Colombia Preámbulo, Título I Artículo I, Título II

Artículo 54.

A continuación, relacionamos la normatividad que protege los derechos de las personas privadas de la libertad y poco materializada, entre otros, por el Estado colombiano:

Naciones Unidas. 1955, 1984, 1989, 1990. Resoluciones 34/169 de 1979, 43/73 de 1988 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

7. DISEÑO METODOLOGICO

La forma básica de investigación se centra en las corrientes de investigación cualitativa y cuantitativa. Los estudios cuantitativos se centran en las estadísticas y números. Pueden proporcionar información precisa sobre un área de investigación específica, pero carecen de la capacidad de explicar los fenómenos y no se pueden utilizar cuando el fenómeno no es claro en sí (Koskinen et al., 2005). La investigación cualitativa, por otro lado, se centra en el aumento de la comprensión de una determinada zona y es útil cuando el fenómeno de investigación es claro o completamente nuevo.

El enfoque de investigación utilizado es cualitativo debido a que se guía por un tema específico de investigación, en este caso el principio de proporcionalidad, que no requiere de la recolección de datos sin medición numérica para llevarse a cabo el proceso de interpretación. Asimismo, el presente proyecto de investigación utiliza una metodología correlacional, la cual analiza la covariación entre dos variables. Por ejemplo, en nuestro caso: entre el principio de proporcionalidad y garantía de derechos fundamentales. Así pues, la investigación correlacional se puede lograr mediante una variedad de técnicas que incluyen la recolección de datos empíricos, entre otros. Muchas veces, la investigación correlacional se considera como aquella donde el observador no manipula los datos. De acuerdo con Sampieri, “los estudios descriptivos —por lo general— son la base de las investigaciones correlacionales” (2006, p. 78), asimismo, este tipo de investigación se lleva a cabo en un campo determinado donde el investigador solo recoge los datos de las dos variables que se correlacionan, además sin ser controladas o afectadas por los intereses

subjetivos del investigador. No obstante, según lo planteado por Sampieri: “es posible que una investigación se inicie como exploratoria, después pueda ser descriptiva y correlacional, y terminar como explicativa” (2006, p. 78).

Es importante destacar que la investigación correlacional no es una investigación de tipo causal, por eso, hay dos razones principales por las que no podemos hacer declaraciones de causa y efecto, en primer lugar, no sabemos la dirección de la causa y, en segundo lugar, la participación de una tercera variable de la que no somos conscientes, pero que puede afectar el resultado final de la investigación.

Tipo de investigación

Todo trabajo de investigación debe tener en cuenta el contexto donde se va a realizar, ya que allí existen múltiples variables e influencias que debemos analizar a la hora de obtener una respuesta adecuada a la pregunta problema, entonces si queremos determinar la adecuación del principio de proporcionalidad para garantizar los derechos fundamentales al interior del proceso penal, debemos llevar a cabo un proceso de integración y síntesis del análisis de la información respecto a este tema de investigación.

Por tal motivo, este proyecto es de tipo correlacional debido a que va más allá de una simple lectura y descripción de conceptos, por eso, se analizará el contenido del principio de proporcionalidad a la luz de la normativa y la jurisprudencia, con el fin establecer por

qué dicha herramienta es la más acorde para zanjar la tensión inherente entre la persecución penal y la garantía de los derechos fundamentales al interior del proceso penal.

8.DESARROLLO TEMATICO:

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DISPOSICIONES PENALES, UNA TEORIZACIÓN ACERCA DE LOS DERECHOS

Debido a que es difícil realizar una teorización correcta del principio de proporcionalidad como lo vimos en el capítulo anterior, para los efectos prácticos de este trabajo utilizaremos el concepto proporcionalidad como la relación adecuada entre dos componentes. Bajo este sentido, más práctico que teórico, el término proporcionalidad no tiene nada que decir sobre los dos componentes entre los que mantiene una relación. Entendido así, este término sirve para denotar la relación entre los diferentes componentes no necesariamente interrelacionados con la sentencia. En el área de la sentencia, también, se puede hablar de proporcionalidad entre los distintos componentes, por ejemplo, entre el peligro que representa el acusado y la pena de prisión a la que está condenado. Por tanto, en este capítulo trataremos principalmente con la proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la severidad de la sentencia como afectación de derechos fundamentales.

Como lo vimos con anterioridad el castigo es un tema muy amplio, que abarca aspectos filosóficos, jurídicos, criminológicos y sociológicos. A los efectos de esta discusión, nos limitaremos a unas breves observaciones. Centrándonos especialmente en la severidad de los castigos. Lo anterior, se deriva de las cuestiones básicas inherentes en este campo, a saber, la cuestión de la justificación general del castigo (¿por qué lo

infligimos?), así como la cuestión de los objetos y las consideraciones que pesan en el reparto de las penas para determinados delitos y para ciertos delincuentes.

En cuanto a la primera pregunta, la distinción clásica como lo analizamos en el capítulo primero es la que se dibuja entre justificaciones utilitarias y justificaciones deontológicas o retributivas de corte kantiano, para la institución de los castigos. Recientemente, sin embargo, han surgido también nuevos caminos que combinan los dos enfoques clásicos, generando una nueva justificación de la condena.

En este sentido, las doctrinas actuales, incluso en este caso, tienden a cruzar las líneas para ver la contraprestación retributiva como poseedora de valor utilitario. Todo sistema jurídico lleva a cabo su propia política de la pena, en el contexto de que tanto el poder legislativo como el poder judicial deciden sobre la naturaleza y el alcance de las sentencias. De vez en cuando, esta política es clara y deliberadamente formulada por la legislación, en otras ocasiones, sin embargo, debe ser descifrada por un análisis a la legislación por medio de la jurisprudencia.

La condena política varía de un sistema a otro y de vez en cuando bajo el mismo sistema. Pero hoy en día muchos son los cambios transfronterizos gracias a la globalización, lo que indica las fluctuaciones universales. En el siglo XX, dos grandes fluctuaciones ocurrieron. A principios del siglo vimos un florecimiento de los principios de rehabilitación en la sentencia. Y en el último cuarto de siglo, floreció el principio retributivo. En los últimos años, hemos sido testigos del constante aumento de poder del

principio preventivo, que consiste principalmente en proteger al público mediante el encarcelamiento prolongado de los delincuentes porque se teme que puedan cometer delitos graves. Esta breve revisión de los objetivos de la pena es el telón de fondo del debate sobre la proporcionalidad a la que nos dirigimos ahora.

La proporcionalidad de las penas

La proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la gravedad del castigo comprende en la actualidad uno de los principios básicos de la pena. Preservar la proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la severidad de la sentencia es un componente existente en todo sistema legal occidental, siendo un requisito recurrente en los instrumentos internacionales, además puede ser visto como un estándar internacional para todo sistema jurídico. Por ende, el requisito de que se mantenga la proporcionalidad en las penas es un elemento importante en las reformas que han tenido lugar en todo sistema jurídico penal a finales del siglo XX, incluido el colombiano en el artículo 27 del nuevo Código de Procedimiento Penal, al igual que en los artículos 3º y 4º del Código Penal.

La exigencia de la proporcionalidad en la sentencia

El requisito de que se preserve la proporcionalidad en las sentencias se encuentra en los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos o fundamentales, en diversas constituciones, en las leyes básicas de la legislación penal, en las directrices procesales penales y también en la jurisprudencia (Carbonell, 2007).

No obstante, debemos hacer una distinción general entre las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, en las constituciones y leyes fundamentales (en lo sucesivo: disposiciones constitucionales) y las que forman parte del derecho penal. Las disposiciones constitucionales prohíben el castigo que no es proporcional, como parte de la protección de los derechos humanos y se basa en los principios de justicia y equidad, mientras que las disposiciones que forman parte de la ley penal exigen el mantenimiento de la pena proporcional como un componente de su política de sentencias.

La diferencia entre las disposiciones constitucionales y las disposiciones del derecho penal se expresa también en la formulación de tales disposiciones. Las disposiciones constitucionales prohíben una sentencia desproporcionada. A su vez, las del derecho penal requieren una sentencia proporcional. Aquí podemos encontrar un ejemplo de la estructura jerárquica del sistema legal. Las disposiciones constitucionales establecen los principios de los derechos humanos, por lo que el principio de proporcionalidad obviamente debe ser acogido. Más allá de eso, las disposiciones del derecho penal también pueden contener requisitos adicionales para mantener la proporcionalidad. El alcance y las limitaciones de las disposiciones del derecho penal dependen de la política de la condena del sistema. Cuanto mayor es la importancia que se concede a la determinación de la pena, más estricta y necesaria debe ser la proporcionalidad.

Derechos fundamentales y sentencias desproporcionadas

Un requisito básico de los derechos fundamentales es que la severidad de la sentencia no debe superar la gravedad de la infracción. Asimismo, estos derechos que actualmente están protegidos por las disposiciones constitucionales se aplican también aquellas personas que han cometido un delito. Ya que la percepción del delincuente como un ciudadano y miembro de la sociedad, a pesar de su crimen, nos obliga a defender los derechos de este.

Por su parte, algunos requisitos básicos de la justicia y la equidad proclaman que todo individuo tiene derecho a ser sometido a la sentencia que se merece. Una sentencia superior sería injusta y una violación grave a los derechos fundamentales. Estas consideraciones no reflejan la política de condena incrustada al interior de todo proceso penal; sin embargo, son principios básicos de justicia (Carbonell, 2007).

Este requisito se basa en las teorías básicas de la dignidad humana y los límites de las competencias de la sociedad y el Estado. Así las cosas, una sentencia que no es proporcional viola los derechos fundamentales y requiere una justificación especial. La sentencia, que no es proporcional y que está destinada a lograr objetivos tales como la prevención general convierte al delincuente en una herramienta para el logro de los objetivos sociales y en consecuencia sus derechos son violados de manera injustificada. Así pues, proporcionalidad en base a consideraciones de justicia y equidad es un principio limitante en la sentencia, independientemente de la meta de las consideraciones que se posean. No surge de la lógica de la sentencia y no está diseñado para alcanzar los objetivos

de la pena, además es a la vez obligatorio y vinculante, independiente de los objetivos de sentencia de todo sistema penal.

Por tal motivo, el requisito de proporcionalidad en las disposiciones constitucionales refleja las exigencias de la noción de lo público de la justicia y su conciencia moral y jurídica. Por el contrario, las disposiciones del derecho penal implementan los objetivos y consideraciones de la pena que conforman el sistema legal, reflejando la política de la pena del sistema particular. En consecuencia, el alcance y el nivel de las restricciones impuestas por el requisito de proporcionalidad en estas disposiciones dependen de la política de la pena del sistema jurídico particular.

Así pues, la correlación entre la gravedad del delito, que incluye el daño y la culpabilidad del infractor, y la severidad de la pena, se encuentra como componente central al interior del modelo de sentencia que se desarrolló en la década de 1970. Como explica von Hirsch: “la base principal para decidir a cuánto equivale el castigo, bajo esta teoría, es el principio de proporcionalidad” (1998, p. 168). Por tanto, cuanto más grave sea el delito más fuerte debe ser el castigo. De este modo, resulta que, en el modelo de von Hirsch, la gravedad de la infracción determina la medida de la sentencia, en lugar de limitarse a la imposición de límites a la severidad de ella. Por esta razón, el requisito de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito es parte inherente del modelo. Aquí radica la singularidad de la proporcionalidad.

Es importante señalar que von Hirsch también hace hincapié en la importancia de la equidad en el trato con el delincuente, así como en la salvaguardia de sus derechos, no obstante, la proporcionalidad en su teoría de la pena, obviamente, no se basa en la justicia y la equidad, sino en ser un componente clave al que se recurre, para zanjar la tensión entre la persecución penal y la garantía de derechos.

En efecto, en un sistema de justicia que expresa una política de la pena híbrido, el significado y los límites de la exigencia de proporcionalidad cambiarán de acuerdo con los principios que constituyan el proceso penal. Un sistema de sentencias híbrido, como el que pretendió establecer el nuevo Código de Procedimiento Penal, puede atribuir un diferente grado de importancia a la proporcionalidad en diferentes tipos de delitos. Así, en delitos sexuales o delitos que implican violencia, la consideración más importante debería ser la prevención. En estos delitos, la condena política es preventiva y no punitiva; por tanto, la proporcionalidad no tiene importancia más allá de la prohibición, en su caso, en las disposiciones constitucionales.

Por otro lado, otros modelos consideran la exigencia de la proporcionalidad en la limitación política de las sentencias retributivas, las cuales se consideran las máximas vulneradoras de los derechos fundamentales del infractor. Este enfoque es de gran importancia no solo por los estudiosos que lo apoyan, sino también porque puede apuntar a los sistemas judiciales que siguen esta política.

Este enfoque fue desarrollado por Norval Morris, para él la gravedad de la infracción determina los límites de los castigos, mientras que la sentencia precisa dentro de esos límites se determina de acuerdo con las consideraciones de sentencia utilitarias. Por su parte, el mantenimiento de la proporcionalidad también es importante en cuanto a las consideraciones no retributivas que la sentencia refiere. Así, por ejemplo, el tercer principio de Bentham afirma que el castigo más severo debe ser infligido por el delito más grave, por lo que el delincuente elegirá perpetrar un delito menor. Con base en ello, la proporcionalidad es sin duda de gran importancia en el enfoque utilitario de la disuasión en su sentido más amplio, es decir: la prevención general. De acuerdo con este enfoque, la sentencia severa educa al público, inculcándolo con los valores sociales deseables. El argumento también ha avanzado recientemente combinando adecuadamente el requisito de proporcionalidad de las penas con las consideraciones de rehabilitación.

Sin embargo, diversos utilitaristas atribuyen una gran importancia al mantenimiento de la proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la gravedad de la pena, a fin de preservar la confianza pública en el sistema de justicia. Empero, si la política de sentencia asigna dicha importancia a los principios utilitaristas, la exigencia, en su caso, de mantener la proporcionalidad, no será un ser estricto, pero permitirá sentencias proporcionales que habrá de superarse en aras de lograr otros objetivos. Además, a efectos de la consecución de los objetivos utilitarios tales como preservar la confianza del público o la educación del público, así como de los valores a inculcar, es suficiente que la proporcionalidad se preserve dentro de los amplios límites de los derechos humanos. Hay, pues, razones para

pensar que esta postura no se sumará a la proporcionalidad exigida por las disposiciones constitucionales.

Exigencia constitucional de proporcionalidad

En el capítulo I observamos dos aspectos de la proporcionalidad para ser tenidos en cuenta en aras de zanjar las diputas teóricas, a saber: el ordinal y el cardinal. El aspecto ordinal se refiere a una comparación entre las penas impuestas por delitos diferentes. Este aspecto requiere penas iguales por delitos de igual gravedad, así como diferentes sentencias serán dictadas por delitos de diferente gravedad, es decir, la gravedad de la condena es proporcional a la gravedad del delito. El aspecto cardinal de la exigencia de proporcionalidad se relaciona con el nivel general de la sentencia. No es suficiente que se mantenga la proporcionalidad entre las diversas sentencias; también es necesario que todo nivel de sentencia sea ni demasiado severo ni demasiado indulgente.

Evidentemente, el aspecto ordinal es de especial importancia para el proceso penal. Por lo que para toda condena es importante asegurarse de que los delitos de gravedad similar sean condenados en un mismo grado, así como los delitos más graves deben ser condenados en un grado mayor. Sin embargo, los márgenes de sentencias existentes en una escala penal retributiva no están diseñados para permitir otras consideraciones de sentencias que deben ser tenidas en cuenta; sino que están diseñados para que la gravedad de la infracción, en las circunstancias concretas en las que se perpetró, corresponda con la gravedad de la condena. Estos márgenes son bastante estrechos y son también el resultado

de la imposibilidad de imponer una sentencia que corresponda precisamente a la gravedad del delito.

En una política de este tipo, también, la retribución sirve como índice para la severidad de la pena. La retribución es una base moral y natural para la sentencia, ya que el acusado merece tal sentencia, un hecho que no debe ser ignorado. La gravedad del delito crea una gama de castigos que no son inapropiados. Por tanto, por este método, existe una escala ordinal cuyos límites se dibujan para corresponder a la gravedad del delito; y, por último, la determinación precisa de la sentencia dentro de la gama de las penas se basará en principios utilitarios.

Esto se afirma explícitamente en la explicación aportada por el propio Morris:

el concepto de proporcionalidad se define en las relaciones entre los delitos y las penas en un continuo entre lo excesivamente indulgente y lo excesivamente punitivo, dentro de lo cual la sentencia solo puede ser por otros motivos determinada. (1994, p. 36)

Dentro de la gama de las penas que no sean inapropiadas, los castigos también pueden ser impuestos en forma no igualitaria sobre la base de consideraciones utilitarias, ya que la igualdad no es más que un principio rector. Por ello, limitar la política de sentencias del retributivismo requiere de otro componente importante, a saber, el principio de parsimonia. Este principio fue desarrollado por Morris. Este principio exige que no se imponga la pena que es necesaria para alcanzar los objetivos de la sentencia y que sea la menos perjudicial,

un principio sumamente importante cuando hablamos de justicia transicional. El principio de parsimonia encaja con una política limitante del retributivismo (Morris, 1994). Con base en lo anterior, una sentencia más leve puede ser impuesta a un delincuente, de conformidad con el principio de la parsimonia en la sentencia, aunque la igualdad sufra por ello.

Ya hemos visto que el sistema puramente retributivo atribuye una gran importancia a la igualdad. Las penas de diferente gravedad no pueden ser impuestas a los infractores que tienen delitos cometidos de gravedad similar. Esto plantea que el principio de igualdad es una definición y no solo un principio rector. El mantenimiento del principio de parsimonia resulta necesariamente en una situación en la que la sentencia no siempre expresa la censura a la gravedad del delito. Hay una tensión entre la preservación de la proporcionalidad de las penas y el principio de la parsimonia en la sentencia; así que la aplicación del requisito de proporcionalidad variará de acuerdo con el equilibrio establecido entre los dos principios.

En la política de la pena utilitaria, que asigna de manera jerárquica las consideraciones de la disuasión, la escala ordinal es importante. Esta escala nos permite reforzar la disuasión contra la comisión de los delitos a los cuales la sociedad es temerosa. Incluso cuando el requisito de proporcionalidad se encuentra en las disposiciones constitucionales y forma parte de los derechos humanos y está diseñado para salvaguardar la equidad; la escala ordinal es todavía importante, ya que es mediante la preservación de dicha escala que somos capaces de asegurarnos de que una persona no sufrirá una condena

mayor de la que merece. Siendo la escala ordinal la que infunde un contenido real a la respuesta a la pregunta de cuál es la pena debida para cada delincuente.

Como se ha dicho, el aspecto cardinal de la exigencia de proporcionalidad se refiere al nivel general de la sentencia. En casos extremos, la importancia de este aspecto es obvia. Una larga pena de cárcel por un delito de robo menor es desproporcionada, independientemente que la misma condena se imponga por otros delitos o a otros delincuentes que hayan cometido el mismo delito, ya que pueden haber reincidido, entre otros agravantes. Sin embargo, es muy difícil encontrar un criterio adecuado para determinar el nivel básico de cada sentencia. Nuestra intuición puede ayudar, pero, también, opera principalmente en casos extremos. La condena política, la justificación general y el objetivo de distribución de los castigos ejercen una influencia en el aspecto cardinal de la proporcionalidad.

Así pues, la política de la pena utilitaria basada en la disuasión general puede requerir un nivel más severo de sentencias que una política utilitaria basada en denunciar al crimen como una forma de educar al público para que sean más respetuosos de la ley donde un nivel menos grave de la sentencia puede aplicarse útilmente. Esta cuestión de la coherencia entre la política de la sentencia y el aspecto cardinal de la exigencia de proporcionalidad de las penas, es muy significativo.

Von Hirsch rechazó este enfoque y a lo largo de sus escritos declaró que el argumento de que una ofensa seria pide una sentencia severa no tiene por qué dar lugar a penas más

estrictas. Por el contrario, de acuerdo con su postura, el castigo es una expresión de condena, el sufrimiento que implica el castigo es un incentivo prudencial adicional para que un delincuente se abstenga de cometer nuevos delitos y, por tanto, es posible aligerar el nivel general de las penas.

Hemos visto que, en la política retributiva de la pena, estaría fuera de lugar tener en cuenta el principio de parsimonia en la determinación de la escala ordinal de la sentencia. Empero, este principio puede tenerse en cuenta para determinar el punto cardinal. Lo anterior, también es reconocido por von Hirsch, además es coherente con su inclinación hacia la indulgencia en el nivel de la sentencia para la defensa de derechos.

Así, la opción de tomar el principio de parsimonia en cuenta en la determinación del nivel de sentencia general (es decir, en el ajuste del punto cardinal) explica el hecho de que, a pesar de que la escala ordinal se puede determinar con una precisión considerable, hay diferencias en el nivel de sentencia en los diferentes sistemas de la justicia. Revelando una medida considerable de consenso entre los diferentes grupos de la población en cuanto a la escala ordinal de la gravedad del delito; sin embargo, no existe tal consenso en cuanto a la determinación cardinal de la gravedad de la infracción. De hecho, el aspecto cardinal de proporcionalidad está influenciado por los efectos de los castigos. Sin embargo, esa influencia es restringida. Aquí se hace referencia a la proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la gravedad de la pena, y, por ello, el nivel de sentencia no puede ser mucho más estricto, incluso si la justificación de las penas es la prevención de delitos por medio de la disuasión.

En última instancia, nos encontramos frente a un estándar muy vago, pero que se relaciona con la gravedad del delito. Existe una correlación entre la gravedad de la infracción, el grado de daño que causa al público y el daño causado por el delito, por un lado, y el sufrimiento del delincuente, por el otro, es decir, la inherente tensión entre la persecución penal y la garantía de los derechos fundamentales. Ahora bien, el aspecto cardinal conduce al rechazo de las penas que la sociedad ve como inhumanas: por ejemplo, la sentencia de muerte. Esto es un aspecto general aceptado por las normas penales, existiendo un consenso en cuanto se refiere a los modos inadecuados de castigo. No obstante, no existe un consenso sobre la cuestión de los delitos que merecen la pena de prisión.

Distinción entre las disposiciones constitucionales y las disposiciones de la justicia penal

Hemos visto que tanto el aspecto ordinal como cardinal de la proporcionalidad son importantes para las disposiciones constitucionales, al igual que para las disposiciones del derecho penal. Una distinción, puede, sin embargo, ser trazada entre estos dos tipos, y es importante que se distingan uno de otro. El contexto en el que se requiere la proporcionalidad.

La discusión en el marco constitucional ejerce una influencia limitada en la proporcionalidad. Las disposiciones constitucionales descalificarán una sentencia que diverge considerablemente de una sentencia proporcional. A pesar de ello, von Hirsch no

atribuye una gran importancia a la exigencia de proporcionalidad en el marco de las disposiciones constitucionales. Él se basa en las disposiciones más estrictas del derecho penal. Obviamente, cuando las disposiciones del derecho penal expresan una política retributiva de la sentencia, se observa rigurosamente la adecuación de la proporcionalidad. Incluso si limitamos con los derechos humanos los resultados de las políticas retributivas de la pena en la legislación que contiene disposiciones más estrictas en cuanto a la exigencia de proporcionalidad. Así pues, la diferencia entre las disposiciones constitucionales y penales de justicia se expresa principalmente en la cuestión de los límites de la sentencia proporcional y las posibles desviaciones de una sentencia proporcional.

Cuando sea necesaria la proporcionalidad por disposiciones constitucionales, su propósito es proteger los derechos, para evitar que el delincuente sea utilizado como una herramienta para alcanzar los fines sociales, para evitar la arbitrariedad, y salvaguardar la justicia y la equidad. En consecuencia, el requisito de proporcionalidad pretende evitar la imposición de una pena más grave de la que se merecía el delincuente. En este orden de ideas, la sentencia no debe desviarse mucho del castigo merecido, pero sin vulnerar los derechos fundamentales, por tanto, no será invalidada por las disposiciones constitucionales. Esto no es una instrucción para imponer el castigo, sino más bien un principio que prohíbe una condena severa muy superior a la condena merecida. Así que las disposiciones constitucionales son formuladas como una prohibición para las penas desproporcionadas.

Por su lado, las cosas son diferentes, como hemos visto, en la limitación de la política de sentencia retributiva: la gravedad del delito establece los límites más allá de lo que las sanciones son apropiadas. Sin embargo, a diferencia de la prohibición contra la sentencia desproporcionada en las disposiciones constitucionales, la gravedad de delitos conjuntos claramente demarca ciertos rangos, con límites superior e inferior, por lo que se requiere que la pena impuesta encierre dichos rangos.

Claramente, en el modelo expuesto hasta ahora, asegurar un castigo acorde es un principio de unión y no es posible desviarse de este principio a fin de lograr otros objetivos. Un sistema que permite una desviación del castigo acorde, por ejemplo, con el fin de proteger a la sociedad, no sigue un enfoque proporcional puro, sino más bien un enfoque híbrido. En el enfoque puramente retributivo, la proporcionalidad no es una de las condiciones *sine qua non* en la determinación de la pena. El grado de censura es un resultado de la gravedad del delito y, por tanto, debe ser preservado.

Sin embargo, este enfoque también se opone a cualquier desviación al alza del rango correspondiente para cada sentencia. El límite superior de la pena proporcional debe ser estrictamente observado, o, como Morris afirma: “ninguna sanción impuesta debe ser mayor a la que se ‘merece’ por el último crimen o serie de crímenes” (1994, p. 60).

En las disposiciones constitucionales, por el contrario, donde el requisito de proporcionalidad es parte integral de la salvaguardia de los derechos fundamentales, no

siempre es necesario observarlo y alguna desviación puede ser permitida. Bajo este enfoque es preciso distinguir entre una desviación ‘hacia arriba’ que impone un castigo, el cual excede el castigo proporcional, y una desviación ‘hacia abajo’ que impone un castigo, que es más ligero que el castigo proporcional. Una desviación ‘hacia arriba’ crea una dificultad cuando las bases de la exigencia son la justicia y la equidad. Los resultados de la desviación generan una violación de los derechos del delincuente y, por tanto, debe estar justificada. Es posible permitir tal desviación con el fin de lograr un propósito importante de interés general que justifica la violación de los derechos del delincuente. En tal caso se dice que el castigo severo no es arbitrario y que la justicia no requiere el mantenimiento de la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción y la gravedad del delito, por lo que la discusión retornará, por ende, a las cuestiones de proporcionalidad para la violación de los derechos fundamentales del delincuente. Dicha desviación se examinará a la luz de las disposiciones que permiten infringir la protección de estos derechos en cada sistema jurídico.

Por su parte, la desviación ‘hacia abajo’ no es perjudicial para el delincuente. Ya que se mitiga la censura que el delincuente merece, interrumpiendo el mensaje comunicado por la sentencia y puede, por ello, casi no admitirse por una teoría de la pena retributiva donde el requisito de proporcionalidad tiene por objeto proteger los derechos, por lo que no representa una gran dificultad. Como hemos visto, la escala ordinal es realmente importante en este tipo de enfoque, ya que una desviación ‘hacia abajo’ de la sentencia proporcional no es perjudicial para los derechos del delincuente.

La distinción entre las disposiciones de derecho constitucional y penal se refleja en su diferente actitud hacia la condena de prevención y disuasión. En la legislación penal, la condena política determina la forma preventiva de la pena, por lo que las sentencias disuasorias deben ser consideradas. Una política de la pena preventiva permitirá una sentencia que no guarda proporción con la gravedad del delito por consideraciones preventivas.

Asimismo, una política de la pena que asigne una gran importancia a la disuasión general, permitirá una sentencia que no guarde proporción alguna con la gravedad del delito a efectos de la disuasión. Por su lado, las disposiciones constitucionales permitirán sentencias más severas, que se impondrán con fines preventivos, ya que esta mayor severidad deriva de las circunstancias relacionadas con el delincuente en cuestión, sin generar lesiones serias a sus derechos fundamentales. Por el contrario, las sentencias disuasorias son perjudiciales para los derechos y, en consecuencia, las disposiciones constitucionales permitirán dicha sentencia únicamente de conformidad con su cláusula restrictiva.

Con base en ello, en el siguiente capítulo aplicaremos de manera práctica, dejando de lado las anteriores teorizaciones, el principio de proporcionalidad tal cual lo hacen los tribunales constitucionales hoy en día, siendo la herramienta más acorde para solucionar la tensión entre la persecución penal y los derechos fundamentales del delincuente.

CAPÍTULO II: LA PROPORCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, UN ACERCAMIENTO PRÁCTICO

El propósito del presente capítulo se puede sintetizar en el siguiente punto: después de exponer teóricamente el concepto del principio de proporcionalidad y sus diferentes componentes o dimensiones, llama la atención un enfoque que no suele ser estudiado por los diversos doctrinantes o escuelas, es decir, el hecho de que la aplicación del principio de proporcionalidad no es suficiente para garantizar la supremacía de los derechos fundamentales, al menos en algunos casos, cuando se enfrenta a la persecución penal; por último, señalaremos los requisitos que podrían proteger a la proporcionalidad del antemencionado riesgo.

Dimensiones del principio de proporcionalidad

En los últimos veinte años los tribunales constitucionales han aplicado el principio de proporcionalidad como un procedimiento que tiene por objeto garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales —o humanos— por parte del Estado. Este principio se aplica en países como Estados Unidos, Argentina, Alemania, Gran Bretaña, España, Italia, Francia, Bélgica, Colombia, Holanda, Portugal y Suiza, solo por mencionar algunos; así como también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia. El principio de proporcionalidad

—en su versión normativa, más no teórica— establece que todos los estatutos que afectan los derechos fundamentales deben ser proporcionales o razonables.

En palabras de Bernal Pulido:

el principio de proporcionalidad se ha extendido a lo largo de América Latina de una forma notable durante las últimas dos décadas. La utilización de este principio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha influido para que casi todas las cortes constitucionales y supremas de los países de la región hayan adoptado esta metodología para la aplicación de los derechos fundamentales. (2014, p. 35)

En efecto, el análisis de proporcionalidad por parte de los tribunales constitucionales se compone de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primer sub-principio es el de la adecuación, el cual establece que la ley que afecta a un derecho fundamental debe ser la adecuada para conseguir el objetivo que se buscaba por parte del legislador. Es decir, una vez que el intérprete ha definido el fin que el legislador ha dirigido a los medios y cómo lo ha diseñado para obtener tal fin, entonces, el intérprete debe verificar si los medios son capaces para lograrlo (Alexy, 1995).

A través del segundo sub-principio, el de necesidad, el intérprete evalúa si el legislador ha optado, entre los medios capaces de obtener el fin deseado, el menos restrictivo para los derechos fundamentales. En otras palabras, la norma solo pasa la prueba de necesidad si entre aquellas similares en eficacia, es la menos restrictiva de derechos.

Una vez que se ha establecido que la norma ha cumplido con el primero y segundo sub-principio, se debe determinar si es *stricto sensu* razonable o no. La doctrina y la jurisprudencia han definido este sub-principio como un examen sobre el equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes provocados por la ley. Así pues, el intérprete tiene que controlar si este equilibrio es proporcional (es decir, razonable) o no (Alexy, 1995). Esta coincidencia inicial entre la doctrina y la jurisprudencia no evita, debido a la generalidad del concepto, las disidencias en la especificación de lo que es una relación ‘razonable’. De acuerdo con Rawls, lo razonable es la forma en que,

entramos como iguales al mundo público de los demás y que nos alistamos para proponer o aceptar, según sea el caso, los términos justos de la cooperación con ellos. Estos términos, establecidos como principios, especifican las razones que hemos de compartir y reconocer públicamente ante unos y otros, como base de nuestras relaciones sociales. En la medida en que seamos razonables, estaremos preparados para elaborar el marco del mundo público social. (1993, p. 71)

No obstante, lo anterior, la posición dominante propone que los jueces deben sopesar las ventajas y los inconvenientes de la medida bajo análisis. Por ejemplo, en el derecho francés, esta interpretación alternativa se llama ‘equilibrio entre costos y beneficios’. Además, en Colombia se ha llegado a una caracterización similar. Por ejemplo, en la sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional ha señalado que la restricción de un derecho en el proceso penal es proporcional si: busca lograr un equilibrio entre los derechos

del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales. (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda)

Así pues, la expresión el ‘equilibrio entre costos y beneficios’ parece indicar que cualquier norma que causa un costo proporcional a los beneficios que se obtengan será razonable. Por tanto, si los beneficios hipotéticos son altos, se espera que la manera en que los derechos fundamentales pueden ser afectados sea demasiado alta, siendo esto aceptable.

Lo anterior, puede expresarse con el siguiente argumento, utilizando una escala de 1 a 3 para medir el grado de restricción (3 siendo la medida más restrictiva) y una escala de ‘a’ a ‘c’ para medir la importancia del fin (‘a’ será el fin más importante):

(1) si la medida 1 (M1) restringe (r) en un segundo grado, y conduce a un fin (E) de importancia b, entonces es proporcional;

(2) si M2 r3, y E c, entonces la medida es desproporcionada;

(3) si M3 r1, entonces es suficiente para que E sea constitucional, por lo que la medida es considerada proporcional.

Un análisis práctico: proporcionalidad posible vulneración de derechos

Con base en los análisis prácticos que llevan a cabo los tribunales constitucionales, una norma será proporcional, de acuerdo a lo que se ha dicho anteriormente, si cumple con: (i) es adecuada a un fin; (ii) es la menos restrictiva de los derechos fundamentales entre todas las normas adecuadas que podrían aplicarse; y, por último, (iii) es *stricto sensu* proporcional, es decir, se debe mantener el equilibrio entre los costos y los beneficios que causa.

En este orden de ideas, y dejando de lado tanto las teorizaciones retributivas como utilitarias, así como los modelos o enfoques de Morris y von Hirsch, esta es la concepción de proporcionalidad que no impide, necesariamente, la violación de los derechos fundamentales, al menos en algunos casos.

En otras palabras, si el principio de proporcionalidad es visto en la práctica tan solo como un equilibrio entre el ‘peso’ del derecho y el ‘peso’ de las razones que han llevado al legislador a decidir restringir cierto derecho, entonces, en última instancia, dicho derecho podría perder su característica de barrera infranqueable para el Estado.

En efecto, la invocación de una razón más o menos convincente de Estado puede justificar el sacrificio de algunos derechos fundamentales. Podemos encontrar un ejemplo de esto en los excesos de los gobiernos de facto en algunos países de América Latina durante los años 70 y 80. Sin embargo, las consecuencias de este punto de vista no pueden ser más desastrosas para una teoría general que se centre en los derechos fundamentales: en el mejor caso, los derechos, dependerán del consenso; en todos los casos, nunca serán

llamados victorias frente a las mayorías. Esto, de acuerdo con la famosa expresión de Dworkin de que los derechos fundamentales son triunfos políticos en poder de los individuos y, por tanto, no pueden ser alterados, ni siquiera por consenso.

Así las cosas, el antemencionado riesgo, y que no ha sido tenido en consideración por la mayoría de los doctrinantes, se puede ver claramente en la siguiente fórmula:

Si M4 r3 y si F a, entonces la norma parece ser proporcional.

Sin embargo, M4 restringe la norma (N4) tanto, que causa la violación del contenido esencial del derecho fundamental involucrado.

Por tanto, como ya se ha mencionado, esto sería suficiente para encontrar un fin que es lo suficientemente importante, así como un medio que puede ser justificado por dicho fin, en aras de transformar el principio de proporcionalidad en un criterio formal para alcanzar tal fin, sin importar el medio que lo lleve a cabo.

Solución: proporcionalidad, la herramienta más adecuada

A pesar de la problemática anterior que subyace en la práctica formal al aplicar el principio de proporcionalidad constitucional, existen dos alternativas para que este sea la herramienta más adecuada para resolver la tensión entre la persecución penal y la garantía de los derechos fundamentales. La primera, es evaluar si la norma respeta el principio de

proporcionalidad en sentido estricto o no y después, si el contenido esencial también se respeta en un caso dado. Los que defienden esta opinión deberían aceptar que es posible que una norma proporcional, a pesar de su ser inconstitucional, si puede afectar el contenido esencial de un derecho fundamental.

La segunda alternativa examina completamente esta posibilidad. Por un lado, no parece conveniente aceptar la proporcionalidad de una norma que viola los derechos fundamentales tanto desde el punto de vista teórico (porque sería contradictorio) como desde un punto de vista pragmático (ya que daría lugar a malas interpretaciones). Por otro, la evaluación de la proporción entre los costos y los beneficios no se puede hacer de forma satisfactoria sin considerar el contenido de los derechos implicados en el caso. En consecuencia, desde esta segunda perspectiva, una norma tan solo puede ser proporcionada si no afecta al contenido esencial de los derechos involucrados.

Por ello, esta es la posición que debe ser sostenida por todo tribunal constitucional, para los cuales el principio de proporcionalidad es el instrumento técnico con el que se prescribe que los derechos fundamentales no pueden ser afectados. La posición de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos no transforma los dos pasos explicados en la primera alternativa en uno solo. De hecho, la Corte admite la existencia de las dos etapas, una donde la evaluación de la proporcionalidad de la norma es diferente a la evaluación del contenido esencial.

Sin embargo, la Corte cambia el orden en que se realizan las evaluaciones. En primer lugar, el tribunal debe comprobar si el contenido del derecho se ha visto afectado. Luego,

se debe examinar si la norma conserva una relación proporcional entre las ventajas y los costos que produce.

Con base en el anterior análisis podemos llegar a los siguientes resultados:

(1) Si la Medida 1 (M1) altera (a) el contenido del derecho humano 1 (D1), es desproporcionada;

(2) si $M2 \neg (a) D2$, pero $r3$, y $F c$, es desproporcionada;

(3) si $M3 \neg (a) D3$, y $r2$, y F , es proporcional.

Como conclusión preliminar, podemos decir que la proporcionalidad de una medida (3) presupone: (i) que la medida no altera el contenido de los derechos fundamentales involucrados; y (ii) que la medida que no altera los derechos fundamentales restringe las normas sobre derechos en un grado aceptable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en este caso la persecución penal. Así pues, con base en este análisis, entonces, hay dos posibles tipos de violación del principio de proporcionalidad: desproporcionalidad debido a la alteración de los derechos fundamentales involucrados (hipótesis 1) y desproporcionalidad debido a la falta de justificación de la restricción (hipótesis 2) de las disposiciones penales.

Por tal motivo, la evaluación relativa a la alteración debe venir antes de la evaluación relativa a la justificación, ya que esta última requiere determinar el grado en el que el

derecho involucrado está siendo restringido por la disposición penal. Por tanto, es necesario aprender que los límites y las características de los derechos son: la relación entre los derechos fundamentales involucrados en un caso concreto y otra clase de derechos, así como entre esos derechos fundamentales y el bien común; por lo que tal conocimiento tan solo se puede adquirir si el contenido de los derechos es analizado. Por otra parte, es necesario, y no podemos dejar de lado, preguntarnos sobre el grado de interés público inherente a la norma en cuestión.

De hecho, la secuencia temporal anteriormente descrita no es lineal. Hay un círculo de comprensión que implica tanto el examen de la alteración y el examen de la justificación, siendo un proceso de retroalimentación mutua, denominado por Engisch como “un viaje de ida y vuelta”.

Por esta razón, el grado de importancia dada a la norma en relación con el bien común puede influir en la determinación del contenido preciso del derecho involucrado en el caso. Sin embargo, podemos concluir, también, que el examen de la alteración es el punto de partida y la clave de la proporcionalidad en sentido estricto. La luz constitucional emanada por el examen de la alteración transmite su claridad a la oscuridad del examen de la justificación y, por tanto, la tentación del utilitarismo o retributivismo puede ser evitada.

Ahora bien, surge la siguiente pregunta: ¿cómo debe llevarse a cabo el examen de la modificación? Para determinar si una medida modifica un derecho fundamental o no con base en las disposiciones penales, se debe realizar la consulta sobre el contenido esencial

de dicho derecho. Una vez que el contenido esencial se ha establecido, es necesario determinar si la medida interfiere con él o no. Por tanto, el punto más importante es identificar qué el contenido es inalterable.

Esta es una tarea que debe ser realizada por el intérprete constitucional y, en especial, por los jueces penales. Así pues, se hará a la luz de las normas constitucionales, a través de una interpretación sistemática y específica de la Constitución, y por medio de la comprensión de cada derecho fundamental en relación con sus valores morales subyacentes y conceptos, así como para los objetivos que deben alcanzarse a través de su protección.

Finalmente, el punto decisivo para resolver la tan mencionada tensión es realizar una investigación teleológica de los derechos fundamentales involucrados, sobre todo teniendo en cuenta los bienes cuya protección se busca a través de su reconocimiento constitucional, sin olvidar el importante papel desempeñado por los hechos de cada caso.

9. CONCLUSIONES

Habiendo reconocido que el principio de proporcionalidad es realmente el reflejo de los siempre cambiantes valores morales y sentimientos sociales, en lugar de una conclusión objetiva que se deriva de una comparación de los delitos y de las penas por su cuenta, es claro que la proporcionalidad constitucional puede llegar a ser más un ideal, que un principio alcanzado completamente en la realidad.

Así las cosas, y de acuerdo con la hipótesis (H1) planteada en este proyecto, la aplicación práctica del principio de proporcionalidad para garantizar los derechos fundamentales plantea varias cuestiones. En primer lugar, dado que la proporcionalidad en las condenas penales es un reflejo de los sentimientos sociales, los legisladores y los jueces deben determinar castigos proporcionales para cada delito, en aras de eliminar una aplicación arbitraria de la legislación en las sentencias.

En segundo lugar, aunque los sentimientos sociales y supuestos morales también son inherentes a los valores de los crímenes y los castigos, sin lugar a dudas, los tribunales constitucionales deben realizar un análisis de contenido y de modificación con base en el buen razonamiento, lo razonable y las explicaciones lógicas, ya que las opiniones y los sentimientos son tan fluidos y subjetivos que son un gran potencial para el abuso a la hora de infligir una pena.

A su vez, el poder legislativo debe tener en cuenta todos los factores que sean posibles de ser evaluados, en última instancia, sin embargo, en determinadas ocasiones se requerirá la entrada de normas y valores que pueden ser cruelmente arbitrarios e irreflexivos frente a los sentimientos sociales imperantes, con el fin de mantener el orden social y el *statu quo*.

Evidentemente, el aspecto más difícil para aplicar la proporcionalidad en la justicia penal radica a la hora de determinar lo que es ‘proporcional’. A saber, decidir qué castigos corresponden a qué delitos. No hay respuesta fácil a esta pregunta debido a que los jueces evalúan los casos de forma individual para decidir sobre la escala de proporcionalidad, teniendo en cuenta todos los hechos y los valores sociales adjuntos a estos, además del sistema de cuartos de agravación y atenuación de penas establecidas en Código Penal; así como el legislativo debate con los recursos de que está dotado con el fin de determinar las mejores estimaciones que es capaz de encontrar.

Por esta razón, a través de esto es que el principio de proporcionalidad es capaz de establecer, al mismo tiempo, los límites de la sentencia penal. En esto radica la utilidad del nuevo Código de Procedimiento Penal que obliga a los jueces a imponer penas proporcionadas por los crímenes cometidos no porque existan castigos que correspondan naturalmente con los crímenes, sino porque la ley debe reflejar las normas sociales. Así pues, es a través de la consideración de los valores que están asociados a la delincuencia y al castigo, y los supuestos morales subyacentes a la opinión pública, que los jueces pueden impartir sanciones que cumplen el propósito de la ley, a saber: mantener el respeto por la ley y una sociedad segura mediante la imposición de sanciones.

Como la jurisprudencia se desarrolla en áreas particulares, la proporcionalidad que se desprende de los jueces no puede darse sin un cambio evidente en la opinión pública. Esta es la aplicación significativa de la proporcionalidad, ya que los jueces deben imponer condenas proporcionales y dicha proporcionalidad se establece a través de la consideración de las normas sociales. Por tanto, la proporcionalidad es un principio guía para los jueces, con el motivo de evitar una decisión arbitraria e injusta en cada sentencia.

Como tal, la proporcionalidad es una empresa que trata de acercarse más y más a encapsular y reflejar las siguientes preocupaciones, a saber: preocupaciones sobre lo que la sociedad opina sobre el crimen y el castigo; así como los valores inherentes a estos; la preocupación por el logro de los demás objetivos de la pena; y la preocupación por la limitación de las injusticias a fin de reflejar los sentimientos sociales prevalecientes hacia la justicia penal. Así, en la aplicación del principio de proporcionalidad, por ende, los jueces se esfuerzan cada vez más en acercarse a la meta de satisfacer todas estas preocupaciones, por lo que el crimen y el castigo, a pesar de sus naturalezas tan dispares que no pueden compararse una contra la otra, son posibles de evaluar en un escala —ordinal y cardinal— en la que es posible medirlos. Es en esta escala de proporcionalidad, formulada a través de los valores sociales y los supuestos morales vinculados a las disposiciones constitucionales y disposiciones penales, que el concepto significativo y útil de proporcionalidad como un principio se puede encontrar para la defensa de los derechos fundamentales.

En conclusión, la aplicación del principio de proporcionalidad como control constitucional en el proceso penal en Colombia a partir de 2006 se deriva de no limitarse exclusivamente en considerar tanto al crimen como al castigo por su connotación específica y de manera individual. Por tanto, la aplicación del principio de proporcionalidad, entonces, no es una medida objetiva del ser de los delitos y las sanciones, por el contrario, es una comparación proporcional entre derechos y la suposición moral que la sociedad alberga hacia ellos. Por tal motivo, la proporcionalidad se puede llevar a cabo, mediante el anclaje de la escala ordinal y cardinal una contra la otra, de la que luego se pueden hacer calibraciones y comparaciones significativas tal cual lo realiza la Corte Interamericana de los Derechos Humanos o la Corte Constitucional en Colombia, por lo que una aplicación práctica de la proporcionalidad puede entonces ser derivada de una manera adecuada, en aras de zanjar la tensión entre los delitos y las penas, la persecución penal y los derechos fundamentales.

10. BIBLIOGRAFIA

- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Bacigalupo, E. (2003). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y de las penas*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bentham, J. (1998). *Teoría de las penas y las recompensas*. Barcelona, España: Paidós.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Bernal Cuéllar, J. y Montealegre, E. (2013). *Fundamentos constitucionales y teoría general. El proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Brettschneider, C. (2011). *Rights within the Social Contract: Rousseau on Punishment*. Chicago, United States: Stanford University Press.
- Carbonell, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Guerrero Peralta, Ó. (2004). *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá, Colombia: Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez.

- Hart, H. (1968). *Punishment and Responsibility*. Oxford, United States: Oxford University Press.
- Hulsroj, P. (2012). *The Principle of Proportionality*. Dordrecht, Holland: Springer.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Tecnos.
- Kleinig, J. (1996). *Handled with Discretion: Ethical Issues in Police Decision Making*. Maryland, United States: Rowman & Littlefield.
- Koskinen, I. et al. (2005). *Qualitative research methods in economics (in Finnish)*. Thousand, USA: SAGE Publications.
- Morales, A.J. (2006). *Nuevo código de procedimiento penal. Sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Morris, N. (1994). *The Brothel Boy and Other Parables of the Law*. Oxford, United States: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rico, J. (1981). *Crimen y justicia en América Latina*. Ciudad de México, México: Siglo XXI Editores.
- Rousseau, J.J. (2008). *El contrato social*. Valladolid, España: Editorial Maxtor.
- Sampieri, R., Fernández-Collado, C., y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. México D.F., México: McGraw Hill.

Stanley, R. (2003). *The Concept of Motivation*. London, England: Routledge & Keegan Paul.

Von Hirsch, Andrew. (1992). "Proportionality in the Philosophy of Punishment". *Crime and Justice*, 16: 55-98.

_____. (1999). *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

Webber, G. (2014). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.



Corrección de Estilo

Mayo 27 de 2015

Doctores

José Rubiel Henao Cardona

Mario Fernando Noreña Chica

Universidad Libre Seccional Pereira

Con la presente me permito informarles que al proyecto titulado “**ALCANCE DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL EN COLOMBIA A PARTIR DEL 2006**”, se le realizó corrección de texto, que comprende la revisión de redacción, ortografía y estilo, aplicando las normas APA según la 6th Ed., en su Contenido, Pie de Páginas, y Bibliografía.

Agradezco de antemano la atención prestada y su confianza depositada

Andrea Morales